

# 離婚後の子の監護についての一考察

石 堂 典 秀

## 目 次

### 一 はしがき

### 二 監護・教育の性質

- (一) 監護・教育の義務性について
- (二) 監護・教育の権利性について

### 三 監護の内容

- (一) 旧法下における議論
- (二) 現行法における解釈

### 四 監護者制度の存在意義

- (一) 監護者制度の存在意義について

- (二) 第三者を監護者に指定することについて

## 五 判例の検討

- (一) 離婚による親権・監護の父母への分属を肯定した事例
- (二) 父母の一方たる監護者の親権者変更を肯定した事例
- (三) 第三者を監護者に指定した事例
- (四) 第三者が監護者になることを否定した事例

## 六 監護者の有する監護の法的根拠

- (一) 肯定説
- (二) 否定説

## 七 離婚後の父母による共同監護について

- (一) アメリカにおける共同監護
- (二) わが国における共同監護の可能性

## 八 おわりに

## 一 はしがき

我国の親子法は「親のための親子法」(旧法)から「子のための親子法」(新法)に変わってきたと言われている。それは、当然のことながら親子関係の効果の中核をなす親権についても言えるはずであって、中でも未成年子の監護

には、「子のため」という理念が貫徹されていなければならないはずである。本稿では、「子のための親子法」といわれるところの現行民法が、如何にその理念にそって、親に子の監護をなさしめようとしているのか検討してみようと思う。

そこで、ここでは特に、離婚の際に、親権者とは別に監護者が設けられる場合を検討することによって、子の保護がどのようなにかられるべきかを考察し、検討を加えてみたい<sup>1)</sup>。というのは、婚姻中にあつては、通常、父母双方が親権者であり、そして離婚に際しては、民法八一九条の規定により父母のいずれかが親権者にならなければならないわけであるが、その親権者とは別に民法七六六条により監護者を置くということはいかなる意味に解すべきなのか、子の保護との関係で問題となるからである。監護者制度は、旧法下においても存在していたが、それは、通常離婚後も父が親権者になるという限定的な状況の下で、特に必要とされるものであった。これに対し、現行法においては父母の平等という原則から、離婚後にいずれが親権者となるかについては、父母双方に平等な機会が保障されている。こうした旧法との根本的な制度上の変化が現在の監護者制度にどのように反映しているのであるか。この監護者制度は旧法八一二条の規定するところであるが、旧法の「家」制度の下では、監護者制度が何故必要であり、どのように解されていたのか又いかなる意義を有していたのか、それに対して「子のため」を理念とする現行法と比較すると、そこにはどのような相違があり、また類似があるのかということを考察する意義はあろう。

それ故、子の監護の性質・内容を検討し、それを通して少しでもこれを明確にすることができればと思う。そうすることによって、監護すべき者の意義及び親権者との関係が明確化してくるであろう。

さらに、現在の監護者制度の今後の展望として、アメリカ合衆国における離婚後の共同監護を紹介してみようと思う。この制度は、欧米における新しい動向であり、これが日本でも実施可能かどうか又そうでないにしてもこの制度

がどのような意義を有しているかを検討することによって若干でも今後の親権並びに監護者制度の在り方を探る上で、益するところがあるのではないかと思う。

## 二 監護・教育の性質

親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負うとは、民法八二〇条の規定するところである。周知の通り、本条は旧法の規定をそのまま承継したものである（旧法八七九条）。ここに規定する親権を解するに当っては、現在では、「子のため」という理念に基づいて、その権利性よりも義務の面が強調されているのであるが、旧法成立に際しては、この規定の成立及び解釈をめぐる、様々な議論がなされたのであった。すなわち、親権を親の権利と解するについては、異論の余地はなかったものの、これを義務と解すべきか否か、義務と解するにしても、それは国家に対する義務なのか、それとも子に対する義務なのか、その性質をめぐることは、かなり議論の余地を残したのであった。それゆえ、当然のことではあるが、親権はもとよりその一部をなす監護についてもその性質をどのような理解すべきかをめぐって、諸学者の見解が対立したわけである。以下監護の権利・義務をめぐる過去並びに現在の諸学説について検討してみたい。

### (一) 監護・教育の義務性について

かの「法典調査會」<sup>(2)</sup>において、この旧八七九条の立法趣旨を説明した梅謙次郎博士は「親権ト云フモノヲ民法デ規定スル以上ハ権利ト云フ者ヨリハ寧ロ義務ノ方ガ主デアラウ」<sup>(3)</sup>と述べ、親子間の権利・義務を明確にしつつ、親の子に対する一方的な権力的性格を否定されたのであった。これに対し、積穂八束博士は「権利ヲ有シ義務ヲ負フトアル

ト精密ニ言ヘバ同等ノ者ノ間ニ行ハレル文字ノヤウニ思ハレル<sup>(4)</sup>と述べ、親権の一方的権力性を強調された上で、「監護ヲスル權教育ヲ為ス權ソレニ對スル義務ト言ヒマシテモ義務ハ固ヨリ義務デアリマセウガ本案ノ趣意ハ公ニ對スル義務デアル國家ニ對スル義務デアル<sup>(5)</sup>」と真向から反対され義務という言葉の削除を要求されている。この見解は、かつての「家」に基づく「家」中心の考え方をはっきりと示しているように思われる。なぜなら、「家」制度の下では、父は子に対して絶対的支配權が確保されなければならず、また家は國家によって統制されなければならない存在であつたからである。かくして、親の義務は子に対する義務ではなく國家に対する義務とするほかはないということになる。しかし、梅博士は、それでもなお私法上の義務であることを強調されたが、他の委員、山田喜之助起草委員から、「親ハ子ニ對シテ教育ノ義務ガアルカラ親ガ子ヲ教育シナイトキハ親ヲ裁判所ニ引張り出シテ親ト云フモノハ子ニ對シテ教育ヲ授ケルモノト云フヤウナコトニナル<sup>(8)</sup>」という批判が提示され、結局、この旧八七九条に規定する義務は國家に対する親の義務という趣旨でそのまま留め置かれることになった<sup>(9)</sup>。

その後も、旧八七九条の解釈について、その義務が誰に対する義務であるのかが問題とされたが、親権に規定する義務は國家に対する義務であると捉えるのが、当時の通説的見解であつた。もっとも、その根拠については、必ずしも見解を一にしていたわけではない。すなわち、上述のような家父長的な思想に由来する見解と異なり、子の保護の立場から親に対する國家の監督を要するとの意味で、その義務を國家に対する義務と解するものであり、たとえば、穂積重遠博士は「むしろ『親義務』として義務の方面から觀察した方がよいと思ふ。即ち親は子を適当に養育教育する義務があるのである。さう云ふと直ぐに、それでは養ひ育て貰ふのが子の權利と云ふことになって面白くない、と云ふ批難があるかも知れぬが、義務者に対応する受益者が必ず權利者であると考へるのが抑も囚はれた話で、親が子を育てるのは、子に対する義務と云はんよりは、むしろ國家社會人類に対する義務と觀念すべきである。」<sup>(10)</sup>と述べ

られ、その根拠として「親権は親の利益のための権利義務ではないから、子の監護教育は親をして行はしめるのが最良の方法たるは勿論ながら、必しも親にのみ一任せらるべきでなく、次代の国民の発育につき国家が重大の利害関係を有することが意識されると共に、親権は多少の制限干渉及び援助を国家から受けることとなる。」<sup>11)</sup>と主張されている。この穂積博士の見解は、その当時における親の一方的な恣意による子の監護・教育の濫用や懈怠を防止し、子の保護を国家による監視に求めたものである。

しかし、このような見解が多く支持を得られたかにみえる一方で、これを私法上の義務と説かれる論者もあった。薬師寺教授は、「此の義務は親権者が子に対して負担する私法上の義務にして国家乃至社会に対して負担する公法上の義務ではない。」<sup>12)</sup>と述べられている。かように、旧法下においても、徐々に子の保護という観点から、親と子の関係を一方的権力関係から権利義務関係へとその解釈が展開されていったのである。<sup>13)</sup>

以上のような史的展開を踏まえて、その義務性について現行法の下でどのような議論がなされているかをふりかえるとき、そこでもなお、民法八二〇条の規定する義務が国家に対する義務<sup>14)</sup>(以下公的義務説と呼ぶ)なのか、それとも子に対する義務<sup>15)</sup>(以下、私的義務説と呼ぶ)なのかをめぐって論争が続いていることを知るのである。

「家」制度への反省から、私的義務説に立つ柚木馨教授は、「親権者の有するこの義務が……一般には社会・国家に對する義務として把握せられているが、これを公の義務として子の親に對する請求権を排せんとするは、なお依然として親のための親権たるの思想を拂拭しきれない考え方といえる。これを子に對する純然たる私法上の義務と解し、これに對する子の請求権を認めることは、子の人格の尊重という見地よりするときは、何等怪しむべき結論といえないと思う。」<sup>16)</sup>と述べ、親子関係に對する国家的干渉を排除されようとするのである。

これに對し、公的義務説を主張される論者として、谷口知平教授は、親は、「子に對して義務を負う」という意味で

はなく国家社会に対して負う意味だと考えられるが、その根拠は、子は親に請求権をもつということが許されぬという親権思想にあるのではなく、子の個人としての人格完成へつくすべき国民としての義務にあるといわねばならぬ。<sup>17)</sup>と述べられ、穂積重遠博士の説を踏襲しながらも、このように解することが必ずしも近代法としての「子のための親子法」という要請に反するものではないと述べられている。

思うに、親が監護教育の義務を負うということは、親として当然の責務であるということには両説とも異論はないようである。さすれば、監護教育のもつ影響が直接子に作用するという点からみると、子に対する義務と解するのが自然の帰結であろう。というのも国家が登場するのは、子に対する親の監護教育の懈怠が生じた場合であろう。そういった事情のない限り、国家が直接子の監護にのりだしてくるのは適切なこととはいえない。従って、親はその自然的血縁関係からくる子の監護教育についての責任を子に対して第一次的に負わなければならない。その責任（義務）の履行を必要とするのは国家ではなく子自身であるからである。

もっとも、公的義務説の立場から、青山教授は、「親権者がその義務を履行しないならば何にもならないではなかろうか。且つ實際上子が意思能力もない幼児であるときは、請求の手続きをどうするのか、親権者自身が代理するのか、あるいは特別代理人を選任するのか<sup>18)</sup>と、實際上、子からの請求方法がないことを指摘されている。この点について、明山教授は「監護教育の懈怠については……親権者変更、事情によっては親権喪失宣告がなされうるであろう。であるから、子自身から手続上訴する途がないからといって、そのことの故をもつてただちに監護教育が親権者の子に対する私法上の義務であることを否定してしまうのは必ずしも正当ではないであろう。」<sup>19)</sup>と述べられている。さらに、中川良延教授は、子に対して親が第一次的な義務者で、国家が第二次的義務者となるとされ、「親が子どもに對する義務を履行しないときは、子がその回復・義務履行を親に對して請求することができ<sup>20)</sup>、その場合に第二次的

義務者としての国家が、「つねに親の義務履行に気を配り、もし子どもの権利に対する侵害が親であるときは、子ども  
の権利の回復実現のために、子どもの権利行使を支持援助する責務を負っているわけである。」<sup>(21)</sup>という理論構成を  
されている。すなわち、「子どもの権利に対応する義務の履行こそまさにそこではたすべき国家の役割であって、そ  
れ以上のものではない」<sup>(22)</sup>と述べるのである。これまでの公的義務説の説く親対国家という構図ではなく、子を権利の  
主体として、子の権利に対応する国家の義務が子の権利（請求権）を保障すると考えるのが妥当であろう。かような  
理解の仕方こそ、より子の保護をはかる上で、重視されてよいのではあるまいか。

## (二) 監護・教育の権利性について

前述の義務に対応して、「子のため」という理念を貫徹するためには、さらに監護の権利面を明確化する必要があ  
ろう。

旧法下における監護・教育権については、支配権の一種である人身支配権に属するものとの解釈が一般になされて  
おり、その性質は子の身体を支配する権利にはかならないとの主張が有力であった。すなわち、子を保護する目的か  
らではなく、親の支配圏内に子を置くことであり、ひいては子の親への絶対的服従を要求するものと解されていた。<sup>(23)</sup>

しかし、現行法の下では、監護・教育を親の子に対する支配権として捉えることは、「子のための親子法」という  
理念に反するという立場から、親権は他人を排斥して子を監護・教育する任に当りうるという意味での権利であり、  
それゆえ、その義務遂行のため他人から無闇に干渉されないことを意味するとの見解がある。<sup>(24)</sup> もっとも、旧法下でい  
われていた親権の権力性を否定しながらも、「親権者は子の意思を拘束し子を服従せしめることによってその意思を  
子の身上に及ぼすことができるのであって、その点では監護教育権は支配権的内容をもち、従ってその限りでは所有  
権などの物権に類似した性質を有する。」<sup>(25)</sup>との見解もある。



これに対し、中川良延教授は、「そこには少なからず子どもを権利客体とみる考え方がうかがえるのであって、このような理論構成は、およそ人は子どもも含めてすべて権利主体であって権利客体とはならないという近代市民法の建前と衝突するのではないかと思われる。」<sup>(26)</sup>と批判されたのであった。しかしながら、一方、明山教授は、「子が幼少で意思能力を欠く状況にある場合については、その意思を直接的に拘束して親権者の意思に服従せしめる意味で支配権的性質を有する……子が長じて意思能力を有するに至るにつれて、それは親権者の監護教育目的のために子が親権者の指示に服従することを要求する請求権に転化するものであり、親権者はこうした両様の意味において子自身に對しても一種の権利を有する」<sup>(27)</sup>と述べられ、子を適切に養育していく段階での親の子に對するある種の支配的（拘束的）な親権の側面を捉えられている。しかし、親が子にどのような意思を押しつけ、どのように強制すべきかは、正しくそれぞれの家庭（旧法下にあつては「家」）の決すべきところであり、極まるところ親の判断に委ねられていると言わなければならない。それ故、どこまで、親の子に對する支配性に、法が介入し、あるいは保護する必要があるものといえるのか、さらに国家が介入し、親の指示に従わせるよう子に強制力を加えることができるのかどうか疑わしいと言わなければならない。この点については、川田教授の見解が注目されよう。すなわち、「監護・教育の遂行につき子に對してその指示に従うよう求める権利を有するという意味で、他は、監護・教育の内容につき、何が子の権利に對応したものを決定する権利をもつという意味で、親権は子に對する権利なのである。」<sup>(28)</sup>と解することが妥当であろう。

かくして、その権利の性質については、親子関係に基づく教育・監護の権利・義務を自然法秩序の構成要素としてとらえ、「親の教育権（筆者注——監護も含むと解される）は家族から生じ、しかも親の子どもに對する義務を果たすために認められた権利にすぎず」<sup>(29)</sup>、従つて、「それが顕現する場合とは、第三者の侵害、また国に對する主張などの、

主に對外的ケースにおいてであろう<sup>30)</sup>という見解が成り立つ。やはり、この説が言うように親は對外的にその權利を主張することができるといふうに理解したほうがよいであろう。すなわち、穂積博士が監護・教育について、「親は他人に対して『我ニ親タル義務ヲ盡サシメヨ』と主張要求する。」<sup>31)</sup>ものこそ親権であるとされているように、親権は親がその義務を履行するために付与されたところの權利と理解するのが妥当である。すなわち子の監護・教育というものは本来國家が、直接的には行い得ないものであり、その意味からして、子をその良好な監護・教育の狀態に置くことを親に第一次的に期待し、その實現を保障しているのが親権なのである。

### 三 監護の内容

父母が共同で親権を行使している場合には、監護の内容にあまり問題は生じないが、親権者とは別に監護者が設けられる場合には、この問題が顕現してくる。すなわち、監護者が監護を行う上で認められるべき権限は、監護のみに限られるのかそれとも教育をも含めてみとめられているのかということが問題となる。しかも、民法七六六条の規定によると監護者は「監護」を行うとだけ規定しており、そこでは民法八二〇条が規定するように「監護・教育」とは明記されていないからである。

#### (一) 旧法下における議論

そもそも子の監護については、旧法にさきだつ「旧民法」においても規定されており、監護とはいかなるものかにつきボアソナードは、彼の起草による民法草案において、「親権ハ父母其ノ子ヲ教育スルノ方法ニシテ其目的ヲ達スルニハ……子ノ監護及ヒ懲戒ノ權是ナリ」と述べ、主たる目的が教育であり、それを達成するために監護があると解

していた。そしてその後の民法法典調査會において、たとえば、梅博士は、「監護ト云フモノハドウ云フコトカト言エバ滅多ニ飛出サレタリ遠方ニ往ツタリシテハイカヌト云フノデ次ノ教育ト云フ言葉ヲ呼出ス言葉デアル」<sup>(33)</sup>と述べられ、教育に重点を置いた考え方をもっていたようである。この教育重視の見解は、法典調査会で趨勢をなしていた。その結果、旧法八七九条の解釈として、梅博士は、「監護ノ意義ハ説明ヲ要セスシテ明カナリト雖モ教育ノ意義ニ付テハ聊カ説明ヲ要スルモノアリ親権者ハ啻ニ如何ナル程度ノ教育ヲ授クヘキカ又如何ナル学校ニ入レテ之ヲ教育スヘキカヲ定ムルノミナラス如何ナル職業ニ必要ナル教育ヲ授クヘキカ、宗教的教育ヲ爲スベキヤ否ヤ若シ宗教的教育ヲ爲スヘシトセハ如何ナル宗教ヲ採ルヘキカ等總テ親権者ノ判断ニ任スルモノトス」<sup>(34)</sup>と教育の内容について明確にされているのであるが、監護について触れられながらも、その内容には触れられていない。しかし、旧法下では、監護と教育とを分属し得るものと考えていたようである。たとえば、野上判事は、「監護は主として身體に対する保護、教育は精神智能の発達を計ることを謂ふのである。」<sup>(35)</sup>と区分されている。従つて、旧法八二一条の規定する監護に関する協議について、梅博士は、「單ニ子ノ監護ノミニ付テ規定セルモノナルカ故ニ其監護以外ニ於テハ毫モ親權ニ影響ヲ及ホサルコト固ヨリナリ例ヘハ子ノ教育、懲戒、其代表及ヒ財産ノ管理ノ如キハ……親權ヲ有スル者ノ權内ニ屬ス」<sup>(36)</sup>と述べられ、監護の内容には教育は含まれないとされている。<sup>(37)</sup>

もっとも、その中でも、監護と教育を合わせて考えるものとして、和田于一教授は、「子の監護とは子の監督保護である即ち子の身体精神に対する不利益を防衛する消極的行為である。教育は教導養育の意で、子の身体精神の発達即ち智育德育体育の完成を目的とする積極的作用であるから、監護は教育に対立する觀念なれども、一個の行為の両面であるから、茲に謂ふ監護は監護教育の兩者を包含する。」<sup>(38)</sup>と述べられ、野上判事という監護のもつ身体上の側面と教育のもつ精神的側面との区分付けに同意されつつも、監護と教育との不可分性を説かれている。すなわち、この

見解は、教育重視から監護重視への方向性を示唆するものといえるであろう。

旧法下においては、上述のように監護よりも教育が重要視されていた。それ故、監護者として母を置いたとしても、その監護者は子に対する監護（養育）を行うだけで、最重要視された教育には親権者たる父が当たること、子に対する親権者の支配権は全く損なわれないという理論構成が成り立つ。<sup>39</sup> このことは親権者が子に対する養育においても主たる地位を占めるということを意味する。かような親権者に主たる権限を残しておこうとする考え方の裏には、「父権思想」からの要請があったものと解される。

## (二) 現行法における解釈

旧法来議論されてきた監護・教育の親権者と監護者への分属の問題については、現行法が旧法八七九条の規定を承継したために、旧法下と同様に民法八二〇条にいうところの監護の内容もしくは範囲をどのように確定するのかという問題が残されてきた。従って、今日においても学説の分かれるところである。そして、旧法の下においては、監護には教育は含まれないとする見解が有力であったが、現行法の下においては、それを含むとする説が今日有力となってきた。さらに、その監護・教育にとどまらず、その内容をめぐって新たな諸問題が提起されるに至っている。

まず旧法において有力な説であった「監護の中には、教育は含まれない」とする説をとるものとしては、「監護と教育の関係は極めてデリケートで、これらを截然区分すること自体が無理であるが、現行法の建前上は、両者は一応区別せられ、監護中に教育は含まれないものと解す」<sup>40</sup>という説があり、民法七六六条には、「監護」という文言しか用いられていないことから、この見解が導きだされているようである。さらに、その場合の監護者の解釈としては、「母を幼児の監護者と定めた場合なども、それはもっぱら哺育のためと解すべきようでもある。」<sup>41</sup>とされている。しかし、この見解は、文言上から解釈されたにとどまり、事実上の子の監護についての判断が何らなされていないように

思われる。なぜなら、教育権が親権者に留保されているとしたら、親権と監護とが分属される状況の下で、何時その親権者の教育についての権利義務が果たされるのであろうか。常に、監護者は旧法下におけるように親権者の支配下におかれ、教育について親権者に相談しなければならないのであろうか。子と別居し、實際上子の監護にあたっていない親権者に教育についての権利義務の行使を期待することは困難であらう。この点について、中川（善）教授は、「監護の範囲に属する教育というのを私は小・中学校程度のいわゆる普通教育を差すものとして解している。それ以上の高等もしくは専門の教育については専ら親権者に委すべきである。」<sup>(42)</sup>と述べられている。しかし、この中川教授がいわれるような明確な区分付けが可能であるのかどうか、その点についても疑問がないわけではない。なぜなら、いわゆる普通教育と高等教育とを分けて考える根拠が、どこにあるのか不明であるからである。実際、この説がいうように普通教育を行うことのできる監護者が高等教育を行い得ないというように、監護の範囲を制限しなければならないのであれば、それは結局、旧法下における「家」制度の親権者と監護者との関係を再現することとなる。従って、仮に監護者に高等教育にまで及ぶ教育をなさしめることが必ずしも適切ではないと考えられる場合があるとすれば、この段階で、果たして子の高等教育に当たるべきなのは、監護者であるのか、それとも親権者であるのかを決する以外にないのであって、そうだとすれば、この問題の解決は、民法七六六条の監護者変更あるいは、同八一九条の親権者変更による手続き以外にないと考える。

これに対して、「監護には、教育が包含されている。」とする見解としては、たとえば、神谷教授は、「監護と教育は、本来別個の概念であるが、両者はつねに一個の行為の両面としてあらわれて、その範囲・限界を定めることは事実上きわめて困難である。子の身上に関して親権を行使する場合、教育を除いて監護するということは無意味に近い。」<sup>(44)</sup>と説かれている。思うに、監護者に監護のみを行えというのは無理なことであって、むしろ監護から教育が派

生すると思えたほうがよいのではないだろうか。なぜなら、子に対する事実上の監護を行えばこそ、すなわち子と同居すればこそ、教育も可能なのである。子と事実上生活を共にしない親権者に、子の教育についての適切な指導を期待するのは無理であろう。故に、子と事実上別居する親権者がその子の普段からの生活状態をしるすべを持たない以上、監護者に教育を任せることが妥当だと言えよう。もっとも監護者はその子の教育についてはもちろんのこと監護についても親権者と十分な協議をする必要がある場合もあろう。

近時の学説の傾向としてはかように監護に教育を内包させるという見解が有力になってきており、さらには、監護者の法的地位を一層強化する立場から、親権を「身上監護」と「財産管理」とに分け、監護者に「身上監護」を付与するという見解が有力となっている。<sup>45)</sup>

さらに、監護者の有する監護内容として、民法七九七条の代諾縁組の同意権もその中に含まれている。<sup>46)</sup> この他にも、子の引渡請求権及び養育費用の請求権の問題などあるが、<sup>47)</sup> 今後の検討課題とする。

このような監護内容の拡大に伴って、果たして、親権者にはどのような権利が残されているのか、また、そのような名目だけの親権者を存在せしめること自体制度上の矛盾ではないかとの批判が生じているのも事実である。<sup>48)</sup>

#### 四 監護者制度の存在意識

夫婦が離婚する際に、民法八一九条一・二項の定める親権者とは別に、何故民法七六六条第一項にいう監護者を指定することができるのかが問題となる。なぜなら、現行法における解釈として親権の本質が子の監護・教育にあるとされているにもかかわらず、子の監護を親権者以外の監護者にまかせることができることになっているからである。

すなわち、この監護者制度の存在意義について検討をしてみたいと思う。

(一) 監護者制度の存在意義について

旧法は、その八一二条の規定によって、「協議上ノ離婚ヲ爲シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ爲スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其監護ハ父ニ属ス」と規定していた。その趣旨は、基本的には父が親権者であり（旧法八七七条）、その親権者たる父がその親権の一部としての監護を行えないとき、父が許可した場合に限り、母が監護者となることができるというものであった。すなわち、父の「家」で子の面倒をみれないとき、例外として母が監護者になって子の面倒をみることであった。従って、家籍を中心とした旧法下では、子の保護を十分にはかることができない不都合を除去する方法として監護者制度が機能していたのである。

しかしながら、この条文について末広博士は、「父母の協議の結果實際上其子を引取りて監護教育するものは母である<sup>(P.17)</sup>とにきめたとしても、法律上の親権者たるものは依然として戸籍上『家』を同じくする父であらねばならない。：：という一種不思議な現象が起るのである。」<sup>(49)</sup>と述べ、この規定に疑問を抱かれ、母が子の監護の任に当たっているにもかかわらず、なお父に支配権としての親権が残されるという事態を生ずるため、その父による親権の不当行使の生ずるおそれがないかを警戒されている。

しかし、父母の婚姻中の共同親権を原則とする現行法では、離婚後においてもそのような差別的な父母間の地位を認めることはできない。従って、監護者の定めについても旧法と異なり、何ら制限のないものとした。それ故、監護者制度の存在意義について旧法下とは異なる説が導き出されることになるわけである。

まず、第一説として、旧法来からの議論を踏襲したもので、親権者が常に、事実上の監護に適任であるとは限らないがゆえに、適任者を監護者とする必要があるという見解がある。<sup>(50)</sup>しかし、この見解に対し、このような場合に親権

者のほかに監護者を置かざるを得ないという状況に対処することに、旧法下における監護制度の最も重要な根拠があったのであって、現行法ではこういう場合にこそ、子のための利益を考慮して監護適任者を親権者に指定すべきであるという批判を生むことになる。<sup>(51)</sup>そしてそこから、「新法では、母も結婚中は父と一緒に共同親権者であり、のみならず結婚解消後も子が認知されたときも、母は単独で親権者となれる可能性を、舊法の頃よりはるかに多くもつことになった。だからもはや、母が監護者となる場合を想定することは大して必要ではなく、むしろ監護者は父母以外の者に限ってよいのではないか。」<sup>(52)</sup>として、第三者を監護者に指定することに民法七六六条の意義があるという見解さえ登場するに至っている（この説を第三者監護者説と呼び、第四説として後に述べる）。

また第二説としては、子の身体上の監護には適任ではあるが、財産管理に関しては適任ではない場合、親権と監護との分属の意義があるとする見解がある。<sup>(53)</sup>すなわち、子の財産管理にふさわしい者を親権者にし、監護適任者を監護者にするという見解である。しかし、この見解について、神谷笑子教授は、「親権の主たる内容は子の監護、教育であるから、監護、教育に適する父母の一方を親権者と定めるだけで、子の保護ははかれるであろう。財産的親権と監護教育権を父母に分属せしめることは理論上可能であり、親権者のほかに監護者を定めた場合がまさにそれにあたると思われるが、父母が通常の意味能力を有する者であるかぎり、両者をあえて分属せしめる要はない。」<sup>(54)</sup>とされ、そしてこの場合には、「財産管理にふさわしい者よりも監護にふさわしい者をまず親権者とすべきである。その上で、親権者が財産管理権のみを辞退するという制度は別にもうけられている」<sup>(55)</sup>という批判を出されている。とくに、このことは、実際上の問題として考慮する必要がある。子が財産管理を要するような場合は稀であって、その場合の親権者にはどのような役割がまだ残されているというのか、問題となろう。

そして第三説は、父母の親権者指定の争いの解決策として、一方の親を親権者とし、他方の親を監護者とすること



に、その制度の存在意義があるという見解である。<sup>56</sup> すなわち、「深刻な親権争いを鎮静し、安定した養育環境を得しめるために親権と監護とを分属させるメリットは無視できない」という考え方がそれである。<sup>57</sup>

この点に関する議論が今後最も注目されるものと思われる。すなわち、監護適任者Ⅱ親権者という構図を想定する第三者監護者説からは、「父母の親権争いの解決には便利かもしれないが、『子のため』の親権という考え方からは外れてしまっている。」<sup>58</sup> という批判が出ている。このような批判をなす見解が説くところは、このような分属は親からの要請すなわち、親たちの要求の充足にすぎず、事実上の子の監護養育を想定しているものではないというのである。しかし、この第三説の説くところは、父母の争いの長期化が子に対して悪影響を与えるため、「子の利益」という観点から、その紛争の早期解決がのぞましいとする点にあると思われる。従って、これら両説間の議論は、いずれも、「子の利益」を想定した上での議論といえようが、ではいずれが子の利益の達成にふさわしいというべきであろうか。

最後に、第四説として、第三者監護者説をあげることができる。既に述べたように、この説は、親権が子の監護教育のために存在する以上、その適任者を親権者に指定すべきであって、その点からして、父母がもはや親権者とは別に監護者になる意義はなくなったとする説である。しかし、この監護者制度を再評価する立場から、離婚した父母が親権者と監護者に分かれることを肯定せざるを得ないとして、明山教授は、「最近において、第三者が監護者となる場合を別とし、父母の一方が親権者となり他方が監護者となるという工合に、親権と監護とが分離することは好ましくないし、又殆んど有り得ないことであるから、この意味の監護者制度は無意味であるとか実益に乏しいと見る向きがある。果たしてそういえるだろうか。父母の一方の事実上監護をなす者は何時も親権者となる如く処置できるものならば、右のようなこともいい得ようが、そうばかりも行かぬのが現実である。」<sup>59</sup> と述べられ、実際問題として親権

者とは別に子の監護を考える必要を説かれる。すなわち、民法七六六条では、まず父母間の協議が優先するわけであり、必ずしも第三者監護者説が説くように父母以外の第三者を監護者としなければならないような状況が生ずるわけではないのであり、そればかりか第三者を監護者にしようとすることによって、かえって親権者となれなかった親に親権者変更の訴えを起こさせる結果を招くであろう。<sup>60)</sup>

以上のように、現行法の下、監護者制度の存在意義をめぐっては、親権者とはならない父母の一方が監護者になることにあるとする説とこれを否定する説とが対立する。いうなれば、監護者制度を積極的に評価すべきであるとする見解<sup>61)</sup>と反対にその意義を認めず親権者の真の確立を目指すべきであるとする見解<sup>62)</sup>に分かれるようである。そのうち、後者の見解に立つ第三者監護者説に対しては、父母を親権者と監護者とに分属せしめることに、どのような弊害があるというのか疑問が生じるといわなければならない。

## (二) 第三者を監護者に指定することについて

既に述べたように、民法七六六条は、父母の一方に監護をなさしめることにその意義があるとするのではなく、第三者を監護者に指定することにその意義があるとする見解（第三者監護者説）がある。なるほど、旧法下にあつては、父母が離婚すれば、原則としてその「家」にある父がその子の親権者とされ（旧法八七七条）、子はその「家」において養育監護されることが期待されていた。従つて、母が特に監護者に指定されなければならない場合が生ずるのは、まさに例外的な措置と考えられていたと思われる。ところが、現行法の下では、父母の婚姻中は、父と共に母も共同親権者であつて、離婚後も母が親権者にとどまり、子の養育監護の任に当たることにもまさに可能となつたわけであるから、もはや監護適任者たる親権者（父または母）のほかに、親権者になり得なかつた親を特に監護者に指定しなければならぬ場合は生じないのではないかと考えることもできる。従つて、子のために特に監護者を置かなければなら

らない場合があるとすれば、それは父母以外の第三者に監護をなさしめなければならない場合に限られるのであって、民法七六六条の監護者は、このような第三者に限られるべきであるということになる。この見解の根底には、監護適任者でない親が親権者の地位につくことは許されないという考え方、すなわち、母の地位を監護者としてあまなじさせるのではなく積極的に親権者につけなければならないという考えがあるのではあるまいか。

以上のような、第三者監護者説の是非を論じる前に、そもそも第三者が監護者になることができるのかどうかという問題について検討してみたい。

通説は、「子の監護を為すべき者が離婚当事者たる父母たると又第三者たるとを問わない。」<sup>63</sup>として父母以外の第三者も監護者になることができるとしている。しかし、否定説もないわけではない。例えば、「監護者は父母のいずれかでなければならぬ。第三者をして監護を引き受けさせることは、事実上の問題に過ぎず、監護者の責任で第三者を使うかどうかということである。」<sup>64</sup>という見解もあり、監護者として第三者をあえて指定する必要はなく、それは委託の問題であり、むしろ子に対する父母の監護責任という視点から、その範囲内で第三者を単なる委託に基づく監護者にするもので、問題は解決するとしている。すなわち、子の監護を行うことは、親に固有の権利・義務であり、他者に法律上その権利・義務を行使させることはできないとされる。

次に、このことと関連して、親権者が養育を委託する第三者と監護者としての第三者との間の相違は何かという問題がある。谷口教授は、前者について「親権者は事実上の監護教育を第三者に委託することが出来る。併し之は何時にても解除し取戻を請求することが出来るものと解せられる。」<sup>65</sup>と述べられ、さらに、我妻教授は、「親権者が、その責任において、子の養育を第三者に託すときは、委任関係とみてよい。」<sup>66</sup>とされ、親権者による一方的な子の監護養育契約の解除を認めており、この場合の第三者である事実上の監護者はいわゆる「第三者監護者」とはその点で異

なることになる。従って、監護者制度については「監護の委託によるところの受託者のように単なる親権者の任意に基く臨機の措置ではなくて、法律の規定に基く一般的な未成年者監護の制度である」<sup>(67)</sup>という解釈が成り立つ。要するに、親権者の委託に基づいて事実上の監護を第三者になさしめようと、民法七六六条によって第三者を監護者に指定しようと、その相違は親権者に解除権があるか否かに止まるものといえよう。

ところで、第三者監護者説のいうように、あえて積極的に第三者のみを民法七六六条の監護すべき者と解さなければならぬ理由はどこにあるのであろうか。第三者監護者説を支持する村崎判事は、「父母が協議により第三者に監護を委託したような場合には、（筆者注―民法七六六条の監護を指す）再協議により改訂するか、または裁判所が審判において変更しない限り親権者だけの一方の意思によつては変更ができない。」<sup>(68)</sup>と述べ、親権者とならなかった親が常に監護者変更の協議に参加できると解釈することによって、子の監護への非親権者による監督が可能とされている。また父母のそれぞれに親権と監護とを分属せしめれば、監護者の権限が増大し、親権が空洞化することを回避するため、親権・監護とともに親権者に行わせるべきであるとし、それ故、第三者監護者説を妥当と主張する川田教授は、<sup>(69)</sup>たとえ親権を有しない父母の一方であっても、他方である親権者に対し、子のよりよき監護のためには、監視すべき権利が認められるべきであり、この監視権によって子の適切な監護が行われるべきであるとされる。このような見解に対しては、疑問の余地がないわけではない。なぜなら、監護者の変更を父母の間で決することができるという解釈はとれないのではなからうか。<sup>(70)</sup>監護者の指定は、民法七六六条一項により、離婚する父母の間で決めることはできても、その監護者の変更については、同条二項でいう家庭裁判所によって決せられる事項であると解するのが穩当であろう。いやしくも同条に基づいて監護者を定める以上、父母の間のみで、監護者の自由な変更を認めることは、その監護者の地位を不当におびやかすことにもなりかねず、ひいては子の保護にも影響を与えかねないこととならう。

また、後に述べるように民法七六六条による監護者の規定と、事実上の子の監護の委託とは異なるものと解すべきものであるから、離婚した父母による監護者の自由な変更を認めることは、監護の委託と何ら変わりないものとなる。それ故、監護者の変更は、家庭裁判所の手続きを経て、行われるべきものと解するのが妥当であろう。

さらに、以上のような解釈に立つ限り、第三者たる監護者の変更を父母の任意で変更することができないのは勿論であるが、そもそも民法七六六条によって監護を第三者に委ねた親権者が監護適任者といえるのかどうか問題である。なぜなら、第三者監護者説も説くように、父母以外の第三者に子の監護を委ねなければならないのは、父母のいずれも監護適任者でない場合に限られるからである。それにもかかわらず、監護不適任者間の協議によって監護適任者たる第三者にその変更を求めることはできないといわなければならない。このような場合の変更は、先にも述べたように、家庭裁判所によってなされるべきである。なお、親権の空洞化の問題にしても、誰を監護者に指定したところで、親権者以外の者が子の監護（親権の本質）を行う以上、さけることができないのである。その意味で、第三者監護者説には説得力に欠ける点があるのは否めない。

親権者はその権限により、第三者と子の監護教育についての委託契約を為すことができるのであるから、民法七六六条にいう「監護」すべき者を第三者に限定しなければならない必然性は必ずしもないように思われる。もっとも、第三者監護者説の主張することは、旧法来からの名ばかりの親権者を排除することで、真の子のための親権者を指定することが「子のための親子法」に合致するという点にあると解せられるが、子の監護に関する解除権についての相違しかない以上、第三者に積極的に法的地位を付与することが「子のため」といえるか疑問である。なぜなら、「子のため」ということを考えるのに最もふさわしい者は通常親であり、第三者ではないと考えられ、むしろ子の利益という点から、父母の一方が監護者として子の監護にあたり、安定した法的地位を得るほうが、子にとって大切なこと

であろう。

さらに、この第三者監護説の説くように親権者となり得なかった父母が監護者になる意義はもはや喪失したのであろうか。旧法下における監護者制度は、確かに父母平等とはいえず、むしろ「父」の優越性を保持するための制度であった。しかし、子の側からみると、その制度ですら、若干ながら最終的には子の保護という目的を果たしていたのではないだろうか。すなわち、それは父の「家」で子の監護を行い得ない状態からくる不都合を回避するためにとられた措置であり、最終的には子の保護のために機能していたものといえることができる。従って、離婚により父母の一方が親権者になる可能性を平等に有している現行法の下でも、そういった緊急かつ不可避的状况からくる子の保護の必要性に応えなければならぬ場合がある。さすれば、子の保護という観点からみるかぎり、監護者は、第三者より父母の一方がなるほうが無希望ましいことであるのはいうまでもあるまい。しかし、第三者監護者説が指摘するように、監護者制度が、父母間の差別的な地位を残すという点で、問題とされよう。まさに、この点が、今後検討される問題となつてこよう。子の利益という点からすれば、監護者制度は、有効性を保持しているとはいえようが、親権者と監護者という親の側面では問題を残していると思われる。

## 五 判例の検討

これまでみてきたように、学説は、監護者制度を評価する立場とむしろ否定しようとする立場に分かれるが、ここでは判例の親権・監護の分属についての解釈を考察する。通常、監護者は、離婚する父母の協議によって定めることができるが、その協議が調わなければ、家庭裁判所にその問題が持ち込まれることになる。この場合に家庭裁判所が

どのようにその問題を解決しているかを検討する必要がある。要するに、家庭裁判所が親権・監護の分属を認める根拠及び基準を考察することになる。さらに、父母のいずれかが監護者になった後のその監護者からの親権者変更の申立の事例を検討することによって、裁判所が親権・監護の分属状態をどのように解しているか、また監護者制度が果たす役割も明らかになる。最後に、父母の一方が監護者になる場合と第三者がなる場合との状況に相違があるのか否かも検討することとする。

## (二) 離婚による親権・監護の父母への分属を肯定した事例

〔1〕 X(父)とY(母)はXの不貞が原因で昭和三五年九月二日に、調停離婚をした。その際、A(四才)の親権者について話し合いがつかず、京都家庭裁判所に親権者指定を申し立てた。原審は、資産及び収入状況がXよりもよく、生活態度も正常で母としての愛情も十分にあるとして、Yを親権者に指定した。

これに対し、大阪高等裁判所は原審を変更し、次のように述べた。「親権者の指定に付ては、両親の離婚という不幸が子に及ぼす影響を最小限に食い止めることを主眼として之を判断すべき」であるとして、Yを親権者から排除することによって生ずる紛争が、子の幸福に及ぼす悪影響を避けるために、親権者をYと定めた。しかし、Aが出生以来、Xのもとで養育されているという生活状況を重視して、「子の出生以来現在迄の生活状況が兎も角一応安定したものである」ことを理由に、監護者をXと定めた(大阪高裁 昭和三六年七月一四日 家月一三卷一一号九二頁)。

この事例では、親権者の指定をめぐる父母間の紛争を解決する方法として、分属状態を肯定している。また、子が四才という幼児では、通常母であるYが事実上の監護者になるケースが多くみうけられるが、ここではAがX方(Xの父及び妹)でこれまで養育されてきたという環境が重要視されている。

〔2〕 X(母)とY(父)は、昭和四一年三月に協議離婚した。その際、Xは将来の生活のことを考え、YをAの

親権者にすることに同意した。しかし、Aが乳児であるため、Xが離婚後も引き続きAを養育していたところ、母親としての愛情からAを手放したくなり、親権者変更および監護者指定を申立てた。

これに対し、福島家庭裁判所は、Aが二歳という年齢を考慮した上で、Xの監護・養育・意欲・知識・教養（短大卒）、人格、現在の生活状況及び今後教育する上での障害のないことを認定して、XをAの監護者とした。また、親権者変更については、親権者として不適当な事情がYに生じたのか否かであるとして、検討した結果、「離婚後、XがAをその手許で養育していたわけであるから、Yが直接養育監護することができず、従って、親権を行使する状態ではなかったものでその不適当な事情を認定することができない。」と判示して、親権者の変更については、これを認めなかった（福島家裁白河支部 昭和四二年六月二十九日 家月二〇卷一号九五頁）。

〔3〕 X（母）とY（父）は昭和四三年に婚姻し、長男Aを儲けたが、昭和四五年にYのXに対する暴力等が原因で協議離婚した。その離婚に際し、Y側から親権者になりたいとの希望が出され、その希望がかなえられないのなら離婚には応じないとのことであったので、X側はその主張を聞き入れ、Aの親権者をYにした。しかし、Aの実際の監護養育にはXがあたっていたところ、Yが暴力をもってAを連れ去ったため、Xは親権者変更の申立をした。

札幌家庭裁判所は、Aに対する愛情の強さという点ではXとYとの間に優劣はなく、知能、教育程度、経済的諸条件の諸点においてとくに親権の帰属を動かすべき決定的な差異は見出せないとした上で、「Aが未だ四歳に満たない幼児であり、少なくとも義務教育修了程度までは母親の手許で育てられることが子供の情緒的発達の上で好ましい……むしろ現在のところは、監護者の変更にとどめて、YがAの親権者としての責任を自覚し、Aが成長した暁に父として敬愛できるような途を歩むことを期待」と判示し、親権者の変更については却下した（札幌家裁 昭和四六年一月八日 家月二五卷九号九八頁）。



〔4〕 X(母)とY(父)は、協議離婚をするに際し、Aの親権者について争ったが、Xはともかく離婚したいとの意思からYを親権者とすることで、離婚が成立した。しかし、XはどうしてもAと共に暮らしたいとの願望から、親権者変更を申し立てた。

札幌高等裁判所は、「Aは昭和四九年十二月二日生れの幼児であって、かかる幼児は、一般的に言って母親のきめ細かな愛情によって監護養育されるのがその福祉のために望ましいことは多言を俟たないところであり、本件において右と別異に認むべき特段の事情ありとはいえないから、…母でありXの許でAを監護養育するのが相当であるうえ、XはAを引取って監護養育することを切望しており、監護養育の意思という点からみると、Xの方により切実で真摯なものがある」。そして、「幼児たるAの母親であるXがAを引取り監護養育するのがAの福祉によりよく適い、相当であると認めざるを得ない。」と、XのAに対する監護の適格性を認定している。親権者の変更については、「しかしながら、(離婚してから)…現在までわずか九ヶ月位しか経過しておらず、その間にAのために親権者の変更を必要とするような事情の変更があったものと認めることはできない。因みにAが成年に達するまでの長い成長過程その他本件諸般事情を考慮するときは、今ここでAの親権者をYからXに変更することが長期的にみて事件本人の福祉に適合するものとは必ずしも言い難い。」として、Xを監護者に指定するにとどまった(札幌高裁 昭和五十一年九月一〇日 家月二九卷二号九五頁)。

本件では、子が幼児という点と実際にAの面倒をみることができるのはXの方であるという点から、Xを監護者に指定したのであるが、あえてXを親権者に指定しなかった理由としては、Y側の積極的な親権者不適格事由のない点とXの監護が長期に及んでいないという点があろう。

〔5〕 X(母)とY(父)は、婚姻中にもうけた三人の子供の親権者をYと定めて、調停離婚した。その後、Xは

その子らの内の一人AをYに無断で連れ去り、現在までAを養育監護しており、Aも安定した状態にいる。そこでXからYに対してAの親権者変更の申立がなされた。

旭川家庭裁判所は、「Aは小学校五年生で身の十分な監護を必要とする年齢であり、母親であるXの許で相当の身边監護を受けている状態にあることはAのために保護されるべきである。しかし、XはAの幼児から引き続き接触してきたわけではなく（筆者注—Xは精神系統の病気で一時入院していた）、現在AがXの許で安定した生活を送っているとはいってもAがXの許で生活するようになってからまだ数か月しか経っておらず、Xが子供達にとつた態度、精神面での不安定、またそれがAに与える影響を考慮すると、今直ちにAの親権者をXに変更してしまうことには危惧がある。」として、「Aの親権者は従来どおり父親であるYとするのが相当であるが、その監護については現時点では母親であるXに委ねるのが相当である。」とXを親権者に変更することは認めなかったが、監護者に指定した（旭川家裁 昭和五二年二月一七日 家月二九卷一一号一〇〇頁）。

以上の親権者・監護者分属を肯定した事例からは、この状態は必ずしも望ましいものではないが、個々の事案の具体的な諸事情を子のために考慮すれば、その時点では分属も止むを得ないこととして認められている。とりわけ、これは親権者変更に対する裁判所の消極的態度（親権者に具体的な不適格性を求める）に反映されている。しかし、非親権者を監護者にすることすなわち監護者制度が、将来その監護者の親権者への予備的移行手続きであるという傾向が窺われる。特に、〔2〕・〔4〕・〔5〕の事例では、監護者の監護期間が短いため、その適任者であるかどうか判明せず、親権者のほうも子に対して執着心を有しており、その時点での親権者の変更が子に対し必ずしも好ましい影響をもたらされないとの判断がなされたのであろう。このような裁判所による処理の傾向は、次に検討する監護者からの親権者変更の申立事件を通して、より一層明確になると思われる。

(二) 父母の一方たる監護者の親権者変更を肯定した事例

〔1〕 X(母)とY(父)は、Yの飲酒による借金が原因で、昭和四二年八月に調停離婚をした。その際、長男Aの親権者をどちらにするかという争いがあり、Yの親権者になりたいとの強い要望に対し、Xは一步譲って監護権だけでも認めてもらいたいと主張し、Yが二年半後に慰謝料等の金六〇万円の支払いを完了したときに、XはAを引渡すということで離婚成立に至った。その後XはYからの仕送りもないため、生活に困窮し、兄BのところでAを養育してもらっている。それに対し、Yは金六〇万円を支払うどころか、飲酒癖並びに粗暴傾向は改善されていない。そこでXから親権者変更の申立がなされた。

高松家庭裁判所は、「現在住込稼働中のYがAを引取って養育するという事ではないし、Yの実父母にその養育を委託するとしても、Aの現在の安定した環境に勝るものかどうか疑問であり、むしろBに引続き養育させるのがAの福祉にかなうものであると思料させられる。」とし、「これ以上親権者の虚名をYに与え、子に対する親権と監護とをその父母が分有するという状態を継続すべき必要性もないと思料せられる。XがAの監護教育に安心して専念できるように、Aの親権者をYからXに変更する。」として親権者変更を認容した(高松家裁土庄出支部 昭和四六年四月三日 家月二四卷三号七三頁)。

〔2〕 X(母)とY(父)は昭和三七年一〇月に婚姻し、昭和四〇年八月一七日にAを儲けた。しかし、その後、夫婦仲が円満を欠くようになり、別居状態となった。そして、昭和四六年に調停離婚が成立した。XとYは離婚の際、ともに親権者になることを主張したため、妥協的措施としてXを監護者にYを親権者と定めた。Yはその後、訴外Bと婚姻し、その後Aとはほとんど面会していない、そこでXは①Aの氏と異なるため、日常生活において不自由である。②現実に監護養育しているにも拘わらず親権者でないため扶養手当が支給されない。③租税面で不利益を蒙り、

またXの健康保険にAを入れることができない、等の点を挙げ、親権者変更を申立てた。それに対し、YはAの氏が親権者変更により変わることで心のほりが失われる。親権者についてはAが判断能力のついた時点でA自身に決定させるのがよい、と主張した。

これに対し、大阪家庭裁判所は、「親権者、監護者の定めが、協議或いは調停によってなされるとき、父母双方の子供に対する愛情を満足させるために、親権の本質を十分理解せず、家父長的権利の一種として親権に固執するため等、離婚の成立とのかねあいからの、やむを得ない妥協的措置として、親権者と監護者を父母に分属せしめる合意が成立する場合が多々ある。離婚後の父母に、親権と監護権の円滑な行使は期待し難く、結局は子の福祉に反する結果を惹起する。従って、特段の事情のない限り、監護適格者に監護はもとより親権を行使せしめるのが妥当であり、特段の事情のないまま、父母に親権と監護権を分属せしめて離婚したような場合は、早晩にその一本化をはかり、子の福祉を万全のものとすべきであり、分属による弊害がでてきているようなときはなおさらのことである。……そうするとYが親権者としての適格性を有するか否かということではなく、Xが監護者としての適格性を有し、現にAを適正に監護しており、監護者を変更しなければならないような事情もなく、親権者として適格性をも有している以上、子の福祉の観点から監護者であるXに親権者を変更する必要性があるものといえ得るところである。」として親権者変更を認めた（大阪家裁 昭和五〇年一月一六日 家月二七卷一一号五六頁）。

以上の二つの事例では、いずれも監護者が親権を有していないがために、実際に子の監護を行う上で諸々の不都合を回避するためにも、親権者の変更が認められるべきではないのかが問題とされている。しかし、これら審判例は、いずれの監護者にもあてはまる問題を提起しており、監護者を置く際には、これら問題点は考慮されるべきであろう。そして、結局、この二つの事例から、判例の基本的態度が明らかのように、親権者には監護適任者になるべきだと

する以上、監護者からの親権者変更は容認されることになる。従って、監護者制度は、いずれの親が本当に子のことを考え、子と接触しているかを見定める過度的措置として、また父母双方が冷静になる冷却期間としても機能しているのである。

### (三) 第三者を監護者に指定した事例

〔1〕 昭和二八年X(母)とY(父)は婚姻したが、XはYの飲酒による殴打や生活苦に悩まされていた。昭和三一年にXはYによる殴打のため、入院するはめになり、それ以後別居している。XY双方とも離婚について異論はないが、子の親権及び監護については意見が一致せず、また双方共に幼児を監護しつつ生活することの困難な状況が認められ、そのため、養護施設に子を収容する方向で、調停を進めていたが、Yが第五回調停期間以後出頭せず、調停が成立する見込みがないので審判がなされた。

そこで、広島家庭裁判所は、「一、XとYは離婚する。二、子の親権はXにおいて之を行う。三、Xは子を施設に収容するため呉児童相談所にその手続きを行う。四、XとYは子の入所する施設に対し入所の日より出所する日迄毎月各自一、〇〇〇円宛也を支払うこと。」として第三者たる養護施設への監護を認めた(広島家裁呉支部 昭和三三年七月二八日 家月一〇巻九号九一頁)。

〔2〕 X(母)とY(父)は昭和三一年二月三日に双生児A・Bを儲けたが、昭和三六年六月六日に調停離婚し、その際、A・B両名の親権者をYと定めた。但し、調停条項にXがA・Bを引き取れる状態に至った場合には、親権者変更について協議する旨が記載された。その後、Xはフランスに渡り、日本料理店を経営するに至った。そして、Yも訴外Cと婚姻しA・B両名を養育監護していた。ところが、Aが心臓弁膜閉塞症にかかり、それを知ったXは医者をして兄DにAの治療及び引取を依頼した。それと共に、XはAの治療後、A・Bの引取を考え、親権者変更

を求めた。YはAの治療を優先して考え、Xの希望に応ずる姿勢をとっている。

このような申立を受け、東京家庭裁判所は、A・Bの福祉のために、親権者をYからXに変更するとともに、Aの疾病が治癒するまで両名の監護者をDと定めた（東京家裁 昭和四二年六月一五日 家月二〇巻一号九二頁）。

〔3〕 X（母）とY（父）は昭和三四年一〇月三一日に離婚したが、その際婚姻中もうけたA・Bの親権者について、Xには親権者になりたいとの意思はあったが、生活が不安定であるという理由からYに決めた。Yは婚姻中から親密な関係にあったZと昭和四七年三月一〇日に婚姻し、A・Bを引き取り、Zとの間にもうけた二人の子供とともに暮らしていた。しかし、昭和四八年にYが突然家を飛び出しそれ以後居所が不明になった。そのためZはXの姉CにBの引取を求め、Bはそれ以後Cの許で暮らすことになり、Cにもなついている。ところで、Xは現在マッサージ業見習であるため、生活が安定していないが、将来Bを引き取ることを希望している。

これらの事情から、大阪家庭裁判所は親権者をYからXに変更し、監護者をCに定めた（大阪家裁 昭和四九年二月一三日 家月二六巻一〇号六八頁）。

以上三つの事例を検討してみると、第三者を監護者に指定するケースは、一時的なものとして行われているようである。恒久的な監護者として第三者が指定されたケースは今のところ見当らない。

そして、親権者が第三者に子を預けたような場合には、非親権者が子の監護を行うことの可能な状態にある場合には、親権者変更の訴えが提起されるであろうし、判例もいずれかの親が子を監護することのできる状態に至るまでの措置として第三者監護者を考えているようである。

#### （四） 第三者が監護者になることを否定した事例

〔1〕 Y（父）はA（母）と婚姻し、B・Cをもうけた。婚姻中、YとAは、Aの養親であるX方で暮らしていた

が、AはCを産むとすぐ死亡した。その後もYはX方で暮らしていたが、Yの結婚話でXとYとの関係は悪化し、Yは結婚後B・Cを引き取ることにして、BとCを残して、X方を出た。B・Cの監護は、A死亡後引き続きX方なされており、今後もXはB・Cの面倒をみたいと考え監護者の指定を求めた。これに対し、YはB・Cの引渡を求めた。

ところで、東京家庭裁判所は、「未成年の子に対する身上監護権は親権に包含されるものである。従って親の親権が存続する以上、その親がこれを有し、かつ行使すべきものであり、親権者の意思に委ねられているものであるから、家庭裁判所が親権者の意思に反して子の親でない第三者を監護者と定めることは、親権者をして監護権を行使させることが子の福祉を不当に著しく阻害することになるような特段の事情が認められない限り、親権を侵害するものであって許されないと解すべきである。従ってまた、親権者が子の親でない第三者にその子の監護を委ねることも養育委託契約として可能であるが、この契約は委任に準ずるものと解されるから、契約当事者はいつでもこれを一方的に解除できる性質のものである。従って委任者たる親権者が受任者たる第三者に対し、この契約解除の意思表示をした以上、これをもって養育委託契約は終了」する、として、Xの監護者指定を却下し、YへのBCの引渡を命じた。これに対し、Xはこれまでの子の環境の変化などを理由に抗告した。

このような事案につき、東京高等裁判所は原審を支持し、「確かに子どもの環境が大きく変化することは一時的には多かれ少なかれ子どもに精神的影響を及ぼすであろうが、Yが親権者として子を養育監護するにつき欠けるところがないかぎり、それは一時的現象にとどまるべく、子の福祉に回復することのできないような障害を与えるということとはできない」として、Xの申立を却下した（東京高裁 昭和五二年二月九日 家月三〇巻八号四二頁）。

ここでは、第三者を監護者につかせるよりも、親に子の監護をなさしめることを優先する考え方が窺われる。これ

は、「1」の原審である東京家裁の「子の親でない第三者」という件の示すように、第三者よりも親が子の監護には一番望ましいという推定に由来するものであらう。

以上のように、諸判例を検討してきたところからすると、判例には、第三者監護者説のいうように、非親権者である親よりも第三者に限定して民法七六六条の監護者を指定していかうとする態度は窺われないし、判例はむしろ双方の親による子の監護が不可能とみられる程に子が要保護状態に陥ったとき、はじめて第三者をその子の監護者に指定しようとするのである。

## 六 監護者の有する監護の法的根拠

一、民法七六六条の規定する監護者制度は、これをどのように解釈するかによって、親権者が死亡した場合、生存親が親権者になれるのか、それとも後見が開始するのか、また監護者が死亡した場合、誰が監護の任に当たるべきかについて見解が分かれることになる。なぜなら、監護者の行う子の監護は、親権者の有する親権の一部としての監護権に基づいて事実上の監護がなされるものと解するのか、それとも同条は親権から切り離された監護権そのものを規定しているものと解し、監護者が固有の監護権に基づいてなされているものと解するのか、そのいずれと解するかによって、親権者または監護者の死亡の効果が異なることになるからである。要するに、監護者の有する監護の根拠をどのように解するかによって解釈は否定説と肯定説とに分かれることになる。

### (一) 否定説

単独親権者が死亡すれば、後見が開始し、生存する父母の一方は親権者となり得ず、親権者変更の審判はなし得な



いとする説があり、これがこれまでの通説的見解であった。<sup>(71)</sup>そして、監護者のいる場合においても、監護を親権の一部代行と考え、その監護は親権者の監護に由来するものとみる。従って、親権者が死亡した場合、その監護者の監護は根拠を失い、後見が開始する。この説は、まず離婚に際し、親権者にならなかった親は、一応その監護を喪失したという考え方に基つき、親権者死亡が民法八三八条にいう「親権を行う者がいないとき」の後見開始事由に該当するという点と、後見制度が子の保護のためには一番ふさわしい制度であるという点とを前提にしている。<sup>(72)</sup>しかし、これに対して、離婚後の親権者を一方としたのは、親権の共同行使が一般には不可能ないし困難な分野が多いので、主な行使者すなわち行為能力者を定めたのにすぎないもので、決して親権を喪失したものではないという批判がある。<sup>(73)</sup>この批判に対して、後見説からは、さきの第二点としての後見制度の合理性を根拠にして、親権者にならなかった生存親も後見人になる機会があり、むしろそのほうが子にとっては利益となるという立場をとっている。<sup>(74)</sup>しかし、親権者・監護者という分属状態で、主として子の財産を保護する点で機能する後見が、財産管理を担当してきた親権者ではなく、子の身上監護及び共同生活を行ってきた監護者に、いまさらどのような効果を発揮するのであるか。さらに、本当に、後見制度が親権者制度よりも、子の保護に合致するものなのかどうかについては、例えば、後見開始後に、事情が変わり、その生存親が子の監護適任者と推定される場合に、後見人を変更するにはその後見人が自発的に辞任するか、欠格事由に該当しなければ、その親は子の監護にあたることができないう不都合が指摘されている。<sup>(75)</sup>

この否定説については、後見は未成熟子を監護すべき親が存在しないときの補充的制度の性格をもつものであるとされる岡判事から、「親が存在する限り、後見が開始するということは、制度自体の矛盾であり、親が後見人として未成熟子を監護するなど、親子関係の本質と心情に照らして納得できないことである。」<sup>(76)</sup>との批判が出されている。すなわち、岡判事は、「監護義務は親権者であるから負うものではなくて、親であるからこれを負うものである。」

という前提に立ち、他方の親が生存する以上、監護義務はその親にあるという結論に到達されている。<sup>(77)</sup>

また後見説は、監護者死亡の場合には、生存する親権者が当然にその監護権を取得するとしている。<sup>(78)</sup> この説は監護者死亡の場合、当然親権者に監護権の復活を予定しているが、果たして一概にそう言えるのだろうかという疑問が生じる。なぜなら、離婚する際あるいは離婚後、監護者を定めるのは、その性質上、子の保護を目的として、親権者が行い得ないことからくる緊急かつ必要性のある状況から監護者を置いたわけであり、その意味からして親権者に子に対する監護をなさしめるのが必ずしも妥当であるとはいいい難いからである。この場合こそ、重要な問題として考えられる必要がある。すなわち、実際に子の監護者が不在になるわけで、誰に子の監護をなさしめるべきかは、民法七六六条二項の「子の利益ため」を根拠に家庭裁判所が決すべきであろう。

## (二) 肯定説

親権者死亡によっても監護者はその監護権を有するという見解がある。たとえば、青山教授の見解に代表されるように、「母が子を監護しておりながら右のような問題（筆者注——親権者である父が死亡した場合、母がその監護者としての地位を失うこと）が生ずるのは、母の親権者たる地位を高めた改正法の立場としては矛盾であり、……母が親権者となると解する。」<sup>(79)</sup> という見解である。もっとも、親権者が死亡しても監護者の地位は何ら影響はないという理論的根拠については見解が分かれている。

まず第一説として、民法七六六条に基づき、監護者の監護権は親権から独立したものと考え、そしてその場合、親権者の監護権も監護者の監護権行使の妨げにならない程度に存在するという説がある。<sup>(80)</sup> 従って、この説によれば、親権者が死亡しても、監護者の監護権が独立している以上、何ら監護権に影響は及ばないとしている。この見解は、子の利益という点からすると、監護者の法的地位の強化ということで首肯することができるようと思われるが、両者間

に監護権が存在し、親権者に残されているはずの、「監護者の監護権行使の妨げにならない程度に存在する」監護権とは、一体どのような内容を有するものと理解すべきなのであろうか。その点については明確に説かれてはいない。

この説について、明山教授は、「監護者制度自体は法律に基づくものであるにせよ、個別具体的の監護権はあくまで当事者間の協議によるものである」と述べられ<sup>(81)</sup>、その監護内容の不明確さを指摘されている。しかし、監護内容の決定を全て当事者間の協議に委ねてしまうのは、子の保護という観点からすれば、あまりに危険であり、その協議の内容いかんによっては無効とせざるを得ない場合も生ずるであろう。それ故、指針としてその範囲をある程度確定しておく必要がある。

第二説として、我妻教授は、明山教授の批判された点について、親権の内容を財産管理権と身上監護権に二分することができるとした上で、「親権者が死亡すれば、監護権はそのままで、監護権のない後見人が選ばれることになる。」と述べられ<sup>(82)</sup>、親権者に財産管理権を、監護者に身上監護権を付与することで、両者の権限を明確に区分されている。おそらく我妻教授はその区分の根拠を第一説のいうところの監護者制度の独立にもとめ、監護者制度の強化をはかろうとされているようである。

第三説として、親権者の死亡により生存する父母の一方の親権が復活するという説がある。すなわち、「婚姻中の父母が親権者とされているのは、父母双方とも子に対する情愛に甲乙なく、また監護教育者としての能力ないし資格にも差異がないということを前提ないし基礎としているのであって、この前提ないし基礎は、父母が婚姻関係にない場合といえども、変わりはないはずである。したがって、婚姻関係にない場合に父母の一方のみが親権者と定められるのは、ただ、父母が生活を共同にしていけないのに親権を共同して行使させることは不当ないし困難だ、というだけのことだからである。」という事実認識に立ち、「一方が親権者でなくなれば、他方が、当然に親権者として復活す

る。<sup>83)</sup>」とするのである。この見解によれば親である以上、親権はその親にあるとして、離婚によってもその親権は喪失せず、停止しているにとどまるものとする。但し、親であるから当然に親権者あるいは監護者たる地位につくという根拠は、どこにあるのであろうか。その点は後述するように一概に肯定することはできないであろう。もっとも、この説によれば、親権適格者でない親には、親権喪失の規定が作用するとされている。

その他に、於保教授は、この見解を支持しながらも、生存している父母の一方が当然に親権を回復するのではなく、その場合、親権が停止しており、一応後見が開始し、親権者変更の審判によって親権行使が許されるとされる。その根拠として、「親権剥奪又は親権辞退の場合でも、後見開始後に、親権回復の余地があるのに、剥奪理由もなく又任意の辞退でもなくして、共同行使を適当としないという理由のみから、親権者とされなかった親について、後見開始後は親権回復が許されないということは、大なるものに許されて小なるものに許されないという形式的論理に矛盾したことになる。だから、もしこのような見解が維持されるものならば、離婚に際しては、協議によって親権者とならない親は、むしろ、親権辞退の手続きをすべきだということになる。」<sup>84)</sup>と述べられている。

これら第三説は、親権者でない父母の一方についてのものであるが、実際、親権者死亡の場合には、その監護者たる親からの親権者変更の訴えは当然予想されるし、この場合には、より一層強い主張になるであろう。

二、さらに、第三者が監護者の場合、父母の一方が監護者である場合と区別されるのかという問題がある。すなわち、第三者が監護者になっている場合に、親権者死亡によってその「監護」はどうなるのかということである。否定説からすれば、親権者が死亡すればその「監護」も消滅するのであるから、このような問題の起こる余地はないが、肯定説では見解が分かれるところである。

まず第三者が監護者の場合には、否定する見解として、我妻教授は、「第三者は元来親権をもたなかったものだけ

ら、親権者の権限に基づくものと解する」<sup>(85)</sup>とされ、従って、親権者が死亡すれば、監護権は消滅し、後見の問題となると解されている。しかし、教授の身上監護と財産管理を区分される立場からすれば、第三者を特に区別する必要があるのか疑問である。なぜなら、身上監護が独立した存在でなく、親権者の権限に由来するのであれば、第三者が監護者である場合はもとより、親が監護者の場合であっても、親権者死亡の場合にはその監護権は喪失するものと考えられることもできるからである。

肯定する見解をとる明山教授は第三者を区分する必要があるのかという疑問を抱かれながらも、「監護権は……民法上の次元においては消滅するけれども、社会法の次元においては、……一定期間存続する」<sup>(86)</sup>と述べられている。又同様に、親権からの監護の独立を説く監護独立説からすると、当然この問題は、肯定されることになるのではないだろうか。

結局、監護者の有する監護は親権者の監護に由来するものであるのかどうかということが問題となろう。監護者の監護による恩恵は、子が享受するものであり、その子の保護という目的を達成することに、監護の存在意義があるのである。親権者は、親であるが故に監護・教育についての権利を有しているのであるろうか。子の保護を第一次的にはかることができるという根拠に立つがゆえに、親は、その権利を有しているのである。而して、その保護を行うことができない場合の親権喪失の規定がそうであろう。しかも、その後の事情の変更による親権の回復という民法八三七条にみられるように、常に親は子にとっての第一次的な保護者として推定を受けることができるわけである。しかし、この推定が覆されると、第二次的保護機能としての監護者制度・後見制度が現出するのである。従って、子を監護するという権利義務は、親権者に固有のものではなく、親権者に子を監護することができない場合には、「子の利益」の補完を根拠にして、その権利義務は法律上監護適格者へ移転するのである。その規定が民法七六六条である。さす

れば、子の保護の主たる目的が子の監護・教育である以上、子の監護・教育を行い得ない親権者は親権を喪失するの  
かという点、そうではなく、事情変更による監護者の変更手続きを経ること、再び親権者＝監護者になることが可  
能である以上、潜在的監護者にとどまり、その間、監護適格者となる努力を要求されているものとみるべきである。  
そして、第二次的保護機能としての監護者は、監護者変更がない間、監護者としての地位を法的に保障されているの  
である。それ故、誰が監護者であろうとその地位は民法七六六条二項で保障されていることになる。

以上のような問題提起が正しいとすれば、むしろ、親権者死亡の場合よりも監護者死亡の場合の方が問題になって  
よいのではないだろうか。子と繋がりが強いのは監護者であって親権者ではないであろう。そうだとすれば、子の側  
からすると親権者が死亡するよりも、実際に子と生活をともにしていたという点で、監護者が死亡したほうがその影  
響は大きいであろう。

従って、子の保護という観点にかんがみれば、監護者の法的地位は、安定性を要するものといえよう。その意味で、  
親権者死亡の事由は、実際、後見もしくは親権者変更の問題として取り扱われることになるが、民法七六六条二項  
による監護者変更の規定によって、生存する監護者のこれまでの監護状況を検討した上で、監護すべき者を決定すべ  
きである。

## 七 離婚後の父母による共同監護について

ここでは、アメリカで最近行われている離婚後の父母による共同監護についての実情とそれに関する議論を紹介し、  
その日本での可能性や今後の監護者制度及び「子の利益」についての検討を試みるつもりである。

## (一) アメリカにおける共同監護

アメリカにおいては、離婚した夫婦であっても子にとっては親であり、それ故、離婚後にも、親として双方が子の監護・教育にあたるのが最も望ましいであろうという理念から共同監護が提唱されるようになった。<sup>87</sup> その背景には、一九七〇年前半の離婚法改正による無責離婚法 (no-fault divorce law) の結果、監護決定基準から親の有責性が除去され、女性解放運動から男女平等運動 (ERA movement) へ移行することによって、母親優先の原則 (tender year doctrine, maternal preference doctrine) が除去された。

こういった状況から発生したのがジョイント・カस्टディ (共同監護) であるといわれている。すなわち、これまでに子の監護決定については、離婚に関する一方の親の有責性・母親優先の原則という明確な基準が存在していたので、法廷で争われることはさほどなかった。しかし、それら明確な基準がなく、子の最良の利益 (best interests of the child) という基準しか残っていないため、双方が監護者に指定される可能性が高くなり、競って監護者に指定されようとしたために、この紛争緩和の一処置として講じられたものである。<sup>88</sup>

このジョイント・カस्टディの形態には様々な形態があるが、大別すると、ジョイント・フィジカル・カस्टディ (子供がそれぞれの親のところで世話 (care) をしてもらう。) とジョイント・リーガル・カस्टディ (子供の養育に関する重要な決定について両親が共同で行う。) とに分けられる。これら形態の選択は、その家庭の事情によって、決定される。<sup>89</sup>

ジョイント・カस्टディの認められる主たる要件としては、①両親が身上及び精神上も親としてふさわしい役割を行うことができること。②離婚後の父母が協力することができる状態にあること。③両親の子の将来に対する共通の価値観があること等の点が指摘されている。<sup>90</sup>

しかし、この共同監護制度への批判としては、次のようなものがある。①離婚という事実があるにも拘わらず、父母は双方の強い協力を必要とする共同監護を行うことができるのであろうか。②子供が両親の家を行き来することで混乱する。すなわちそれは、どちらの家が本当の自分の家であるとか、双方の家の生活様式が異なることによって生じるとされている。③裁判官や両親のための回避的な処置である。その例として、母親への単独監護を決定することで、父親の感情が傷つく(例えば、自分がだらしのない親である)又監護適格でない母親の対外的面目を保つために、あるいは金銭的理由から、共同監護にする場合がある。これら理由から、共同監護が必ずしも子の将来を考えて行われているわけではないという結論が導き出されている。<sup>91</sup> もっともこの見解が全く共同監護を否定しているわけではない。

実際の共同監護についての大きな問題としては、共同監護を行っている父母のいずれかが、何らかの理由によって(例えば、職業上の理由)、距離的に離れた場合、特に州を越える場合、その子の実際の監護を誰にするかという問題がある。すなわち、距離的問題は何らかの措置によって、解消できるとしても、その共同監護の決定の効力が他の州に及ばないという問題が生じている。そのため、一九六八年の統一監護法の制定によりその問題解決がはかられたが、実際にはまだ未解決の状況にある。<sup>92</sup>

## (二) 我国における共同監護の可能性

わが国では、離婚は、おおむね相手方に対する宣戦布告であり、離婚した相手方と仲よく共同で子の世話をすることは想像を絶するほどに困難なことといわれている。<sup>93</sup> わが国においては、離婚は家族の解体であって、これによって家族の自律性は喪失すると前提し、この前提を疑うということがおこなわれなかった。しかし、この前提をすべての離婚家族に推し及ぼすのは誤りではないかという議論が起こってきた。



例えば、石川稔教授は、「ジョイント・カस्टディが離婚後の子の監護の理想であるというコンセンサスが形成されるなら、……ジョイント・カस्टディを慎重に研究したうえで、その導入の可否を検討すべきであろう。（民法七六六条は八一九条と対比すれば、文理上共同監護を否定するものではない）」<sup>94</sup>と述べられ、民法七六六条が、監護者の数を限定していないことから、この規定の積極的活用を主張されている。又「ほんとうに自分が育てた、自分が父親だ、母親だというそこからくる自然の愛情というもの、権利とか義務とかでなく、やっぱり自然の愛情として会いたいんだと子供のほうも会いたいんだということを認めることによってしか現実化しない。」<sup>95</sup>という実務家からの提言もある。

しかし、このような見解に対して、島津一郎教授は西ドイツの連邦憲法裁判所による違憲判決を引用され、この共同監護を実現するには、最高裁判決ないし立法手続きを要すると現行法での実現の困難性を指摘されている。<sup>96</sup>

このジョイント・カस्टディの判定要件として、石川教授は、「父母が子の監護に協力しコミュニケーションするに必要な礼儀正しさ (civility) と自制 (restraint) を有しているかどうかを評価する」<sup>97</sup>と述べられ、積極的姿勢を示されている。さらに、具体的な共同監護を唱える論者として、佐藤隆夫教授がいる。佐藤教授は、<sup>98</sup>そもそも離婚後の単独親権制度が「子のための親子法」という理念や父母の平等という点から、否定されるべきだとして、離婚後の共同親権こそが基本とされなければならないとされる。そして、具体案として、離婚届出書への共同親権の記載を提唱され、これは父母の共同親権の社会的明示のためだとされている。

そもそも、理想としては、共同監護という理念は首肯することができると解するが、それが現実化した場合の弊害のほうが大きいのではないだろうか。なぜなら、離婚という事実夫婦間における様々な問題に対処すべき共同・協力という基盤の崩壊を意味しているからである。従って、子に対する監護・養育の側面についてだけは、共同して双

方の親が行うことができるというのは、実際には極めて困難であろうと思われる。というのは、子を監護すること自体が親双方の生活に影響を及ぼすからである。しかし、佐藤教授がいわれるように「共同親権については、具体的に父母分担が問題となる。たとえば、①父母のいずれが子と同居し監護するか、②子と同居しない親の面接権の具体的決定、③養育費の負担（父母共稼ぎのときは分担、母が専業主婦のときは父の養育費の給付の負担となろう）、④子の財産管理者の決定、⑤子の健康・教育・福祉問題など」<sup>99</sup>をあらかじめ決定しておくことによって、その運用を円滑に行うことができるかもしれない。但し、そういった事情を踏まえても、共同監護を行うことができるという状況は、いまのところそれは極めて例外的なケースであろう。

さらに、単独監護よりも、共同監護の破綻のほうが「子の利益」にとって悪影響を及ぼすともいわれている。もっとも、この共同監護という形態は生まれたばかりのものであり、より一層の諸分野からの検討によって発展する可能性を有している。

## 八 おわりに

旧法下における監護者制度は、いわゆる「家」制度によって制約されていた。それ故に、監護者になれる場合も少なかったと考えられる。それにもかかわらず、監護者制度を置かなければならなかったのは、その「家」において子の監護ができないという緊急かつ不可避的な事情に対処する必要があったためと想定することができる。なぜなら、その監護者の有する監護の内容は限定されつつも、親権者の権限の下にある子にとっては、母親による監護こそその要保護性を充足するものであったからである。すなわち監護者制度のもつ二面性を考慮しなければならない。まず

「家」制度維持のために親権者を補助していくという点と子の切実な要保護性を補完していくという機能とが監護者制度に内在している。従って、監護者がその差別的地位に位置していたという状況より、むしろ子の要保護性を充足していたことに目を向ける必要があるのではないだろうか。

これに対して、現行法においては、婚姻中の父母平等親権の下で、離婚の際においても、旧法と異なり、双方が平等に親権者となることのできる機会があたえられた以上、監護者制度をさほど評価しようとしないう見解がある。すなわち、子の監護適任者である父母のいずれかを親権者に指定すれば、この問題を解決しうるというものである。その上、形式的に親権者という名をとどめておかねばならないということは、旧法下における親権者と何ら変わるところがなく、それ故、認めることができないというのである。

確かに、監護者の法的地位を考えると、この説の説くところによれば、監護者の地位につく一方の親に対して全く親としての資格を否定することになる。しかし、このことは、親権者と監護者を対比することに由来しているのであり、この制度の本来的目的からすれば、それは、親権者の行い得ない子の監護を親権者でない他方の親に為さしめ、親権者に代わって子を保護するためのものと解すべきではあるまいか。従って、子の側からみれば、必要不可欠な制度ではないだろうか。なぜなら、監護適任者が親権者になっても、将来にわたって常にその良好な状況が継続するという保障があるわけではないからである。監護者制度そのものが、緊急かつ必然性に基づくものである以上、その性質からして、親権者・監護者という親の問題として解決できるものではあるまい。なぜなら、そのような議論では、緊急な要保護性を充足するという視点が欠如しているからである。

監護者制度が子の保護にある以上、子に対して愛情のある親が第三者に優先して監護者につくことが望ましいであろう。その意味で、監護者制度の規定が離婚に関するとともに置かれていると解される。従って、子の保護の主たる

目的である子の監護を担当する者に、その監護が不都合なく行使できる状況を確保する必要がある。その意味で、旧法と異なり、監護者に「監護のみ」ではなく、教育権を含む身上監護そのものを保障する意義はあろう。

もっとも、親権者と監護者が対立するような状況では、その分属が子に対して良好な環境をもたらすとは思えないが故に、父母が親権者と監護者との分属する場合は、アメリカの共同監護におけるように、一定の要件をその認定基準とすべきであろう。その要件としては、親権者又は監護者を定めるに先立って、子の将来についての一定の取り決め（例えば、今後の子の教育・養育方法など）を離婚する父母に提示させることが考えられる。なぜなら、このような取り決めをなさしめることによって、親権者・監護者間のその子をめぐる今後の紛争を回避し得るのではないかと考えられるからである。もっとも、激しく対立する父母間では、その取り決めについての話し合いですら無理であり、合意が得られない場合もある。しかし、この場合にも、合意に向けて努力が多少なりとも試みられることによって、それは父母間に子の将来についての責任感を芽生えさせるきっかけにもなる。従って、このような父母間の取り決めをこの種の紛争で実現することはできないにしても、この試みには益するところがある。

かりに、このような父母間の激しい対立が沈静化することなく、両者の親権者への固執によって、監護適任者と考えられる親が、子の実際の監護にあたれないという状況が生じる場合もあるであろう。このような状況は、「子のための親子法」を理念とする現行法の下では、極力回避されるべきである。それ故、監護適任者に子の監護を為さしめるために、適任者でない他方の親をやむなく親権者にするによって、子の保護をはからなければならない場合もあるというべきである。この場合、監護者制度は、一見、親の欲求を充足するために作用しているかに見えようが、実はそうではなく、親の問題を解決することがひいては子の保護につながるという重要な役割を、それは果たしているのである。従って、「子のための親子法」を貫徹していく上で、監護者制度は、必要不可欠な制度であるといわね

ばならない。

〔注〕

- (1) 調停及び審判で子の監護者を親権者とは別に指定した件数は、一七〇件と件数としてはわずかである。その内訳として、父―親権者・母―監護者が一六一件、母―親権者・父―監護者が六件、第三者たる監護者が三件である。（最高裁事務総局『司法統計年報』平成一年度版一九四頁）。
- (2) 第一五一回法典調査会議事速記録（日本学術振興会）
- (3) 同「速記録」四九ノ一七四
- (4) 同「速記録」四九ノ一七二
- (5) 同「速記録」四九ノ一七三
- (6) 梅博士は、その席上、「此ニ謂フ權利義務ト云フノハ社會ニ對シ國ニ對シテト言フノデナク私法上ノ關係カラ子カラ親ニ對シテ親カラ子ニ對シテ定メタ」と述べられている（同「速記録」四九ノ一七四）。
- (7) その席上、尾崎三良委員・井上正一委員が発言されている。
- (8) 同「速記録」四九ノ一七五
- (9) 磯野誠一「家庭生活をめぐる国民的権利」（法律時報三五卷四号三八頁）。もっともこの見方には、中川良延教授が疑問視されている（中川良延「親権と子どもの教育を受ける権利」北大法学一四卷三・四号四三三五頁）。
- (10) 穂積重遠『親族法』五五一頁、昭和八年、岩波書店。同旨谷口知平『日本親族法』四二〇頁、昭和一〇年、信山社。
- (11) 穂積・前掲『親族法』五五二頁。
- (12) 薬師寺志光『日本親族法論下』九六一頁、昭和一七年、南郊社。同旨和田于一『親子法論』五三二頁、昭和二年、嚴松堂書店、外岡茂十郎『増訂親族法概論』四七八頁、昭和六年、敬文堂書店、野上久幸『親族法―三省堂コンメンタール』四〇〇頁、昭和三年、三省堂。
- (13) 有地亨教授は、この当時の国家義務説に対する批判をされている（『日本の親子二百年』八二頁、昭和六一年、新潮社）。

- (14) この見解をとるものとして、青山道夫「改正民法と子の監護」『近代家族法の研究』一四三頁、昭和二七年、有斐閣、我妻栄『親族法』三二九頁、昭和三五年、有斐閣、谷口「親権」『家族問題と家族法Ⅳ』二九九頁、昭和三三年、酒井書店。
- (15) この見解をとるものとして、川島武宣『民法3』六八頁、昭和三〇年、有斐閣、佐藤隆夫『親権—叢書民法総合判例研究』六頁、昭和五六年、一粒社、中川(善)編『注釈親族法(下)』(昭和三〇年、有斐閣)四三頁「山木戸克己」、柚木馨『親族法』二〇六頁、昭和二五年、有斐閣、中川良延『民法学7』一六〇頁、昭和五一年、有斐閣、磯野・前掲「家庭生活をめぐる国民的権利」三八頁。
- (16) 柚木・前掲『親族法』二〇六頁。
- (17) 谷口・前掲「親権」二九九頁。
- (18) 青山・前掲「改正民法と子の監護」一四三頁。この点について、青山教授は、検察官が登場することからこの説を支持される。
- (19) 於保夫二雄編『注釈民法(23)』(昭和四四年、有斐閣)七二頁「明山和夫」。
- (20) 中川良延・前掲「親権と子どもの教育を受ける権利」四四四頁。
- (21) 同右・「親権と子どもの教育を受ける権利」四四五頁。
- (22) 同右・「親権と子どもの教育を受ける権利」四四五頁。
- (23) 中川(善)・前掲『注釈親族法(下)』三頁以下参照。
- (24) 我妻・前掲『親族法』三一六頁。
- (25) 山木戸・前掲『注釈親族法(下)』四三頁。
- (26) 中川良延・前掲「離婚と子どもの教育を受ける権利」四三八頁。
- (27) 明山・前掲『注釈民法(23)』七〇頁。
- (28) 川田昇「親の権利と子の利益」『現代家族法体系3』二二九頁、昭和五四年、有斐閣。
- (29) 有地亨「父母の監護教育権と公教育」『現代家族法体系3』二五〇頁。
- (30) 佐藤・前掲『親権』九頁。ドイツ連邦共和国基本法六条をその例として挙げられている。同旨中川良延・前掲「親権と子どもの教育を受ける権利」四三九頁。

- (31) 穂積・前掲『親族法』五五二頁。
- (32) 青山・前掲「改正民法と子の監護」一四〇頁。
- (33) 梅・前掲「速記録」四九ノ一七三。
- (34) 梅嫌二郎『民法要義四』三五二頁、明治三四年、有斐閣。
- (35) 野上・前掲『親族法』四〇四頁。従って監護者の有するのは、監護のみと解されている（同『親族法』二三六頁）。
- (36) 梅・前掲『民法要義四』二〇八頁。
- (37) そして青山教授は、「恐らく民法は子を実際にその膝下に置き監督保護する意味で八一二条の監護については当事者が協議を以て定め得るとし、教育の権利は親権の主なものとして常に親権者が有すべきものとしたと解されるのである。」と述べられ、その根拠として、小学校令（明治三三年勅令三四四号）が教育の義務者を親権者としていることを挙げられている（青山「離婚と子の監護」『家族制度全集法律篇Ⅱ』二六二頁、昭和二年、河出書房）。
- (38) 和田于一『婚姻法論』六八三頁、大正一四年、嚴松堂書店。同旨葉師寺・前掲『日本親族法下』九八四頁。
- (39) この点について和田・前掲『婚姻法論』六八〇頁で、「子の属すべき家は始めより確定し出生の時の父の家に入り（七百三十三條）法律の規定に基づく以外に於て妄りに移動することは出来ない。従って離婚に因りて父又は母の一方が婚家を去るときは、……父が其子に対し親権を行ひ母が子と家と同ふるときは母が其子に対して親権を行ふ（八百七十七條）。斯の如く、子は自己と家と同ふする父母の一方の親権に因つて保護せられるから、其家を去るも子の監護に何等の支障を生ぜられるが如き外観がないでもない。」とこの制度に疑問視されている。
- (40) 中川編・『注釈親族法（上）』昭和三七年、有斐閣、一五五頁「福島四郎」。同旨中川（善）『親族法（下）』四八三頁、昭和三三年、青林書院。但し、中川教授は、監護の範囲内での教育はあるとされる。
- (41) 我妻・立石『親族法・相続法』一三一頁、昭和二七年、日本評論社。
- (42) 中川（善）「親権」『演習民法Ⅴ』（谷口・加藤編）一二九頁、昭和三四年、有斐閣。同旨、村崎満「離婚と子」『家族問題と家族法Ⅲ』三〇一頁、昭和三三年、酒井書店、明山・前掲『注釈民法（23）』六〇頁。
- (43) 明山・前掲『注釈民法（23）』参照。青山教授は旧説を改められ「解釈論として、第七百六十六條の監護には教育を含むと解したい。」と述べられている（前掲「改正民法と子の監護」一五一頁）。

- (44) 島津一郎編『注釈民法(21)』一五九頁「神谷笑子」。
- (45) この見解をとるものとして、我妻・前掲『親族法』一四二頁、神谷「離婚後の子の監護」『家族法体系Ⅱ』二二頁、昭和三年、有斐閣、西原道夫「親権と親の扶養義務」神戸法学六卷一・二号三四六頁。さらに、法制審議会でも今後の民法改正の問題として、とりあげられている(ジュリスト一八五号五二頁)。
- (46) その他の同意権について、川井健「代諾縁組」『家族法体系Ⅲ』一八二頁、昭和三年、有斐閣。
- (47) この問題については、寺戸由紀子「子の奪い合い」法学セミナー三三八号五五頁、明山和夫「離婚後の子どもの権利保護」ジュリスト五四〇号四三頁、同・前掲『注釈民法(23)』七四頁、島津一郎「子の利益とは何か一・二」判例時報七〇九号一一六頁・七一八号一一六頁。この他に多数参考文献がある。
- (48) 川田・前掲「親の権利と子の利益」二三五頁、有地亨「未成熟子に対する監護養育義務」民商法雑誌四六卷三号四四八頁。
- (49) 末広厳太郎『法窓閑話』三三九頁、大正一四年、改造社。
- (50) 福島・前掲『注釈親族法(上)』二五三頁。
- (51) 神谷・前掲「離婚後の子の監護」一九頁、青山・前掲「改正民法と子の監護」一四九頁、谷口知平『親子法の研究』一八頁、昭和三十一年、有斐閣。
- (52) 我妻・立石・『親族法・相続法』前掲一三一頁。
- (53) 村崎・前掲「離婚と子」二九八頁。
- (54) 神谷・前掲「離婚後の子の監護」二九頁。
- (55) 神谷・前掲「離婚後の子の監護」一九頁。同旨有地・前掲「未成熟子に対する監護養育義務」四四八頁。
- (56) 村崎判事は、この根拠を否定されるが、荒木友雄氏は評価されている(村崎・前掲「離婚と子」二九八頁、荒木友雄「親権と監護の分離分属」ジュリスト六六一号一一七頁)。
- (57) 荒木・前掲「親権と監護の分離分属」一一七頁。
- (58) 神谷・前掲「離婚後の子の監護」一九頁。同旨村崎・前掲「離婚と子」二九八頁。
- (59) 明山「離婚後の親権と監護」民商法雑誌五三卷二号一五六頁。
- (60) このことの例として、東京高裁昭和五四年五月九日(家月三二卷一号一五九頁)がある。



- (61) さらに、積極的見解として、離婚後の共同監護を主張する見解として、野田愛子「子の監護に関する処分の基準について」『現代家族法体系2』一三六頁。同旨、菊地和夫「面接交渉から共同監護」『家庭裁判所三十周年記念』一六三頁、昭和五四年、最高裁判所事務総局。
- (62) 例えば神谷・前掲「離婚後の子の監護」一九頁、我妻Ⅱ立石・前掲『親族法・相統法』一三一頁、岡岩雄「親子法をめぐる疑問」家月七卷二号七頁等がある。
- (63) 青山・前掲「離婚と子の監護」二五四頁、谷口・前掲『親子法の研究』一八頁、福島・前掲『注釈親族法(上)』二五五頁、我妻『改正親族相統法解説』六九頁、昭和二十四年、日本評論社、西原・前掲「親権と親の扶養義務」三四六頁。
- (64) 長野潔『妻の権利・夫の権利』一九八頁、昭和三年、刑務協会。野上判事は、「子がなお保護を要する状態にありながら之を保護すべき父母を缺くとき茲に後見を開始する。」と述べられている(野上・前掲『親族法』四〇〇頁)。
- (65) 谷口・前掲『日本親族法』四二三頁、同旨、薬師寺・前掲『日本親族法(下)』九八六頁。
- (66) 我妻・前掲『親族法』一四一頁。
- (67) 山木戸・前掲『注釈親族法(下)』四四頁。
- (68) 村崎・前掲「離婚と子」二九九頁。
- (69) 川田・前掲「親の権利と子の利益」二四〇頁。
- (70) 但し、父母が協議によって監護者の変更を行うことができるということに異論を説なえる文献はみあたらない。
- (71) 薬師寺・前掲『日本親族法論上』五六八頁、同旨と解されるものとして、外岡「改正民法と親権者」早稲田法学二五卷三・四号六九頁、福島・前掲『注釈親族法(上)』二五四頁、我妻Ⅱ立石・前掲『親族法・相統法』二六三頁、我妻・前掲『改正親族相統法解説』一〇五頁、中川(善)『民法大要』一二四頁、昭和五年、勁草書房、柚木・前掲『親族法』二二二頁。
- (72) 高木積夫・稲田龍樹「離婚後に親権者が死亡した場合の生存親の地位」ジュリスト五八八号九〇頁がこの点を詳細に検討している。
- (73) 船橋・前掲『注釈親族法(下)』三六頁。
- (74) 小石寿夫「誰が親権者となるか」『家族法体系V』五五頁。
- (75) 三淵嘉子「親権者の指定、変更」判例タイムズ一六七号七九頁。

- (76) 岡・前掲「親子法をめぐる疑問」一〇頁。
- (77) 同右・前掲一七頁。
- (78) 福島・前掲『注釈親族法(上)』二五四頁、薬師寺・前掲『日本親族法論上』五六八頁。
- (79) 青山・前掲「改正民法と子の監護」一五〇頁。
- (80) 山木戸・前掲『注釈親族法(下)』四五頁。若干見解を異にするが青山・前掲「離婚と子の監護」二五八頁で親権者の一部放棄と解されている。
- (81) 明山・前掲「離婚後の親権と監護」一六二頁。
- (82) 我妻・前掲『親族法』一四五頁、同旨神谷・前掲「離婚後の子の監護」二五頁。
- (83) 船橋・前掲『注釈親族法(下)』三六頁。同旨岡・前掲「親子法をめぐる疑問」九頁。
- (84) 於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」戸籍制度八十周年記念『身分法と戸籍』一八八頁。
- (85) 我妻・前掲『親族法』一四四頁。
- (86) 明山・前掲「離婚後の親権と監護」一六三頁、もともと、明山教授は親権喪失について述べられている。
- (87) この概念について WALTER O. WEYRAUCH = SANFORD N. KATZ, AMERICAN FAMILY LAW IN TRANSITION, 520 (1983)。
- (88) この傾向を述べたものとして Cathy J. Jones, The Tender Years Doctrine: Survey and Analysis, JOURNAL OF FAMILY LAW Vol 16, 695; Henry H. Foster, Life With Father, 11. Fam. L. Q, 321 (1978)。
- (89) 現在三六州が採用している。Doris J. Freed = Henry H. Foster, Family Law in the Fifty States; An Outline, 21. FAM. L. Q, 417 [520] (1987) TABLE IX.
- (90) David J. Miller, Joint Custody, Vol 13, Fam. L. Q, 345 (1979), 同旨として Brigitte M. Bodenheimer, Progress Under the Uniform Child Custody Jurisdiction Act and Remaining Problems: Punitive Decrees, Joint Custody, and Excessive Modification, Vol 65, 978 CAL. L. REV. (1977); トムソン・E・A・サントー「子の監護」シクリスセブン二号八五頁。
- (91) Miller, Joint Custody, ibid., p345.
- (92) David M. Sigel, The Role of the Child's Preference in Custody Proceedings, Vol 11, Fam. L. Q, 1 (1977)。

- この法典の目的について、Doris J. Freed, Divorce in the Fifty States; An outline, Vol. I, Fam. L. Q. 297 (1977).
- (93) 米倉明『アメリカの家族』二二頁、昭和五七年、有斐閣。
- (94) 石川稔「ジョイント・カस्टディと家族の自律」判例タイムズ五一号八頁、同旨、「欧米中国における親子法の最近の動向(下)」Law School 二九号九七頁。
- (95) 新田慶・ケース研究一七九号六九頁、高岡節子ケース研究一七九号六九頁、山島正男「現代の親子関係と法」法学セミナー増刊(日本の家族)三二九頁。
- (96) 島津一郎「“共同監護”はわが民法上可能か」『子の監護—離婚の増加と子の福祉』家族／社会と法／No. 2. 一三四頁、昭和六一年、日本加除出版。
- (97) 石川稔「アメリカの離婚制度とその実情」法律の広場三八巻二号四一頁。
- (98) 佐藤隆夫『離婚と子どもの人権』八四頁、昭和六三年、日本評論社。
- (99) 佐藤・前掲『離婚と子どもの人権』九九頁。